

Tribunale di Messina, 18 febbraio 2009 – Pres. Macrì – Rel. D'Arrigo.

Segnalazione del Dott. Mauro Bernardi

**Concordato fallimentare – Disciplina transitoria di cui al d. lgs. 169/07 – Procedure aperte – Nozione.**

**Concordato fallimentare – Soddisfacimento non integrale dei creditori con diritto di prelazione – Valore di mercato del cespite o del credito oggetto della garanzia – Determinazione.**

**Concordato fallimentare - Formazione delle classi – Divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione – Criteri applicativi – Nuova Finanza.**

**Concordato fallimentare – Formazione delle classi - Rispetto delle cause legittime di prelazione – Disciplina concernente la collocazione sussidiaria sugli immobili – Applicabilità.**

**Concordato fallimentare – Inserimento fra i creditori ab origine chirografari del creditore ipotecario c.d. degradato – Illegittimità.**

*Poiché l'art. 22 del decreto legislativo n. 169/07 stabilisce che le novità in esso contenute si applicano alle procedure di concordato «aperte» successivamente alla sua entrata in vigore, tale «apertura» deve farsi coincidere col deposito del ricorso in cancelleria, poiché questo è il momento che segna la pendenza della domanda. (mb)*

*La regola secondo cui i creditori muniti di diritto di prelazione, per effetto della proposta di concordato fallimentare, possono essere pagati anche solo in parte ma a condizione che la loro soddisfazione non sia inferiore a quella realizzabile mediante la vendita dei beni sui cui hanno diritto a far valere la loro collocazione preferenziale (c.d. cram down) avuto riguardo al valore di mercato del bene o del cespite su cui grava la prelazione comporta a) che non occorre procedere alla stima del cespite quando lo stesso è già stato liquidato in sede fallimentare dovendosi, in tal caso, fare riferimento all'effettivo valore di realizzo e b) che per verificare il grado minimo di soddisfo del creditore privilegiato, occorre procedere come in sede di redazione del piano di riparto e cioè portando a detrazione dal valore del cespite (o dalla sua stima) le spese dirette di gestione e quelle generali della procedura pro quota. (mb)*

*Ai sensi dell'art. 124 III co. I. fall. la formazione delle classi potrà dirsi legittima solo qualora si riscontri che l'impiego delle risorse rivenienti dalla liquidazione della massa attiva fallimentare abbia rispettato i criteri generali che presiedono alle operazioni di riparto, ossia: 1) dei creditori muniti di privilegio speciale deve essere previsto il pagamento in misura non inferiore al valore (o al ricavato dalla vendita) del cespite su cui grava il privilegio, al netto delle spese di gestione e di procedura pro quota; 2) dei creditori privilegiati generali deve essere prevista la collocazione sussidiaria sul ricavato della vendita degli immobili e primaria su tutti gli altri beni della massa attiva; 3) quanto destinato ai creditori privilegiati deve essere ripartito mediante il pagamento integrale grado per grado; 4) solo quanto sopravanza al pagamento del creditore privilegiato di grado superiore può essere destinato a quello di grado inferiore; 5) solo quanto sopravanza al pagamento dell'intero ceto dei creditori privilegiati può essere destinato al pagamento dei chirografari o della parte del credito dei privilegiati speciali che non ha trovato soddisfazione mediante la liquidazione del bene su cui gravava il privilegio o la garanzia. Il tutto, fatti salvi l'impiego di «nuove finanze», che non è soggetto a questi principi, ed eventuali accordi individuali in deroga. (mb)*

*Nella formazione delle classi, ai fini della verifica del rispetto della regola che non consente*

*l'alterazione delle cause legittime di prelazione, occorre tenere presente anche la normativa concernente la collocazione sussidiaria dei crediti con privilegio mobiliare sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai crediti chirografari e la dichiarazione di fallimento comporta in re ipsa la collocazione sussidiaria dei creditori privilegiati. (mb)*

*Non può considerarsi legittimo l'inserimento nella classe dei creditori che siano chirografari sin ab origine di un creditore ipotecario in relazione alla parte del suo credito non soddisfatta nell'ambito della collocazione preferenziale sul ricavato degli immobili ipotecati per effetto del cram down, atteso che non può ritenersi che tali creditori abbiano posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei. (mb)*

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

# IL CASO.it

visto il ricorso depositato in data 28 dicembre 2007 da:

- omissis - per l'ammissione alla procedura di concordato fallimentare in relazione al fallimento B.G. (n. 15/94 R.G.F.);

visto il provvedimento interlocutorio del 26 marzo 2008;

lette le note integrative del curatore depositate il 22 aprile 2008;

vista la nota di chiarimento dei proponenti del 18 aprile 2008;

sentito il relatore;

Osserva quanto segue.

1. - La proposta concordataria prevede la suddivisione dei creditori in sei classi; il pagamento parziale dei creditori ipotecari (classi A e B) e la loro collocazione, per la differenza, fra i chirografari (classe F); il pagamento integrale dei lavoratori dipendenti e dell'I.N.P.S. per surroga (classe C); il pagamento percentuale dei professionisti e dei collaboratori (classe D - 20%) e dei debiti previdenziali ed erariali (classe E - 12%); il pagamento dei creditori chirografari, ivi inclusi i creditori privilegiati per la parte del loro credito che non trova soddisfo nelle classi A e B, in misura percentuale (classe F - 2%).

Dopo il provvedimento interlocutorio del 26 marzo 2008 e le conseguenti note integrative, il ricorso torna all'attenzione del collegio per verificare, in sostanza, il rispetto delle cause legittime di prelazione e - quindi - la corretta formazione delle classi, ai sensi degli artt. 124 e 125 l.f.

Per valutare la legittimità della proposta occorre innanzitutto individuare la normativa di riferimento. Il ricorso, infatti, è stato depositato in cancelleria il 28 dicembre 2007 e quindi pochi giorni prima dell'entrata in vigore del c.d. «correttivo» della riforma della legge fallimentare (1° gennaio 2008). Richiamando sul punto quanto già precedentemente osservato da questo tribunale, si ribadisce che deve farsi applicazione della legge fallimentare così come modificata dal d.lgs. n. 5/06, senza tener conto delle ulteriori correzioni apportate dal d.lgs. n. 169/07, in applicazione del principio *tempus regit processum*.

Infatti, il citato d.lgs. n. 169/07 contiene una apposita norma transitoria (art. 22) a mente della quale le novità in esso contenute si applicano alle procedure di concordato «aperte» successivamente alla sua entrata in vigore. Tale «apertura» deve farsi coincidere col deposito del ricorso in cancelleria, poiché questo è il momento che segna la pendenza della domanda, a prescindere dal successivo provvedimento giudiziale ex art. 125 legge fall.

La questione del diritto intertemporale ha rilievo decisivo sul piano della procedibilità della proposta, in quanto la stessa ha riscontrato il parere favorevole del curatore ma negativo del comitato dei creditori, circostanza quest'ultima che sarebbe preclusiva al suo esame nel merito sotto la vigenza dell'attuale disciplina.

Ha minor rilievo, invece, quanto alle regole che governano il giudizio sulla legittimità dei criteri di formazione delle classi, dato che l'unica differenza sta in ciò: il terzo comma dell'art. 124 l.f. nella versione risalente al d.lgs. n. 5/06 parlava genericamente di «creditori muniti di diritto di prelazione» mentre ora si fa più specificatamente menzione dei «creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca»; parallelamente, dapprima tale prelazione doveva farsi valere sul «cespite o credito oggetto della garanzia», mentre ora si tratta di «beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione». Le più recenti puntualizzazioni servono a chiarire che costituiscono oggetto della disciplina protettiva di cui all'art. 124, terzo comma, l.f. anche i privilegi generali, che gravano sui beni mobili. Ma alla medesima conclusione era possibile

pervenire anche prima del c.d. «correttivo».

2. - In dettaglio, il terzo comma dell'art. 124 l.f. (nella versione applicabile al caso in esame), pone due regole distinte.

La prima è quella secondo cui i creditori muniti di diritto di prelazione possono essere pagati anche solo in parte, ma a condizione che la loro soddisfazione non sia inferiore a quella realizzabile mediante la vendita dei beni sui cui hanno diritto a far valere la loro collocazione preferenziale (c.d. cram down). Ciò significa, in altri termini, che la posizione del creditore privilegiato è garantita solo fino alla concorrenza del valore dei beni o dei diritti su cui può esercitare il privilegio, mentre in precedenza la proposta di concordato fallimentare non poteva non prevedere il pagamento integrale dei creditori privilegiati; il che costituiva un considerevole ostacolo alla soluzione negoziata della crisi di impresa, specie nei casi in cui la massa attiva non assicurava la piena soddisfazione dei creditori aventi diritto di prelazione sulla stessa..

L'attuale scelta del legislatore è improntata ad un evidente senso pratico. La tutela accordata al creditore privilegiato in sede concordataria non è diversa da quella che lo stesso avrebbe nel caso di prosecuzione della procedura fallimentare: ha diritto di soddisfarsi in via preferenziale rispetto a tutti gli altri creditori, ma solo fino alla concorrenza del valore del bene (o dei beni) su cui vanta privilegio. Per l'eccedenza degrada al rango di creditore chirografario.

La medesima disposizione precisa che, per operare tale raffronto, occorre aver riguardo al valore di mercato del cespite (o del credito) oggetto di prelazione determinato da un esperto designato dal tribunale. In realtà, l'applicazione della regola richiede alcune specificazioni. In primo luogo, è ovvio che non occorre procedere alla stima del cespite quando lo stesso è già stato liquidato in sede fallimentare; in tal caso, occorrerà fare riferimento all'effettivo valore di realizzo e non a quello (potenziale) di stima. Inoltre, per verificare il grado minimo di soddisfo del creditore privilegiato, occorre procedere esattamente come in sede di redazione del piano di riparto, cioè portando a detrazione dal valore del cespite (o dalla sua stima) le spese dirette di gestione (ad esempio, pagamento dell'i.c.i.) e quelle generali della procedura pro quota.

3. - Come anticipato, l'art. 124 l.f. (anche nella versione anteriore al d.lgs. n. 169/07) pone una seconda regola, per certi versi complementare a quella già esaminata. La norma prevede che «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può aver l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione».

La disposizione si presta ad una duplice interpretazione. Una prima proposta ritiene, in sostanza, che lo scrutinio di legalità della proposta concordataria debba effettuarsi applicando integralmente le regole che governano il regime dei privilegi in sede di riparto fallimentare. La lettura alternativa ritiene che la condizione posta dall'art. 124, terzo comma, l.f. possa ritenersi soddisfatta qualora il privilegiato di grado superiore non riceva meno di quello di grado inferiore, non essendo tuttavia necessario che il primo sia integralmente soddisfatto, per passare al pagamento del secondo.

## IL CASO.it

In favore di questa seconda soluzione milita unicamente una ragione d'ordine operativo, vale a dire che a seguire la tesi più rigorosa vi sarebbe un più ridotto "spazio di manovra" per la formulazione di proposte concordatarie. Sicché l'adesione a questo orientamento è ritenuta più confacente alla ratio della riforma, che ha inteso ampliare l'ambito della soluzione negoziata della crisi d'impresa ed ha abolito l'obbligo del pagamento integrale dei creditori privilegiati. In particolare, si osserva che, in presenza di un vasto ceto di creditori muniti di privilegio generale, potrebbe residuare poco o nulla per i chirografari e ciò renderebbe più difficile raggiungere le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria.

In realtà, gli argomenti posti a sostegno della tesi più "permissiva" si rivelano deboli. In primo luogo, non risponde a vero la circostanza che il rigoroso rispetto della graduazione dei privilegi annulla la novità - introdotta dalla riforma del 2005-2007 - dell'abolizione dell'obbligo di pagamento integrale dei creditori privilegiati. Le due previsioni operano su piani differenti e si integrano a vicenda. Quella relativa al c.d. cram down riguarda il trattamento individuale del creditore con diritto di prelazione e prevede la soglia minima inderogabile del suo pagamento; la disposizione in esame disciplina la tutela delle cause di prelazione non più nella prospettiva individuale del rapporto fra l'ammontare del credito ed il valore del bene sul quale grava la garanzia, bensì nella dimensione, per così dire "relazionale", del raffronto fra il trattamento riservato ad una classe di creditori e quello

previsto per altre le classi con grado di privilegio inferiore. Le due norme, peraltro, condividono la medesima ratio, vale a dire che le cause di prelazione non devono essere tutelate astrattamente, quali generici ed inviolabili diritti ad un pagamento integrale, ma in concreto, cioè in considerazione delle concrete possibilità di soddisfo in sede concorsuale.

In secondo luogo, non è neppure esatto ritenere che il fatto di preservare i diritti dei creditori privilegiati costituisca un grave impedimento alla formulazione di efficienti proposte concordatarie. Il divieto di alterare «l'ordine delle cause legittime di prelazione» va inteso in senso relativo, cioè – come propugnato anche dalla tesi improntata al maggior rigore – nell'ambito di una valutazione prognostica delle probabilità di soddisfo dei creditori privilegiati (generali) nel caso di "naturale" decorso della procedura fallimentare. Il che sta a significare che l'ordine delle cause legittime di prelazione non è alterato qualora il pagamento dei creditori chirografari avvenga mediante l'apporto di c.d. «nuove finanze», cioè di liquidità o valori messi a disposizione dal proponente e che, in alternativa, non farebbero parte dell'attivo fallimentare. Altrimenti, trattandosi comunque di diritti individuali, sarebbe sempre possibile liberare risorse mediante accordi specifici coi creditori privilegiati, che potrebbero accettare pagamenti postergati, effettuati da terzi o attuati con mezzi diversi dal denaro contante.

**IL CASO.it**

D'altro canto, più in generale, è del tutto opinabile che le ragioni dei creditori muniti di titoli legali di prelazione siano soccombenti rispetto a quelle del proponente. Se da un lato è pur vero che la riforma del 2005-2007, aprendo alla possibilità che la proposta di concordato provenga da un terzo, ha sostanzialmente consentito operazioni anche a scopo di lucro, è pur vero che questa eventualità deve ragionevolmente incontrare il limite della tutela delle cause legittime di prelazione dei creditori, che si pongono come un limite d'ordine pubblico a garanzia delle regole del mercato, dei soggetti individuati dalla legge come meritevoli di speciale tutela e dell'efficacia delle garanzie reali.

Per tutte queste ragioni, il collegio ritiene di far propria l'interpretazione più rigorosa del terzo comma dell'art. 124 l.f., maggiormente fedele al tenore testuale e coerente col sistema dell'esecuzione individuale e concorsuale, in cui la tutela dei creditori privilegiati assurge a principio cardine. Pertanto, la formazione delle classi potrà dirsi legittima solo qualora si riscontri che l'impiego delle risorse rivenienti dalla liquidazione della massa attiva fallimentare abbia rispettato i criteri generali che presiedono alle operazioni di riparto, ossia: 1) dei creditori muniti di privilegio speciale deve essere previsto il pagamento in misura non inferiore al valore (o al ricavato dalla vendita) del cespite su cui grava il privilegio, al netto delle spese di gestione e di procedura pro quota; 2) dei creditori privilegiati generali deve essere prevista la collocazione sussidiaria sul ricavato della vendita degli immobili e primaria su tutti gli altri beni della massa attiva; 3) quanto destinato ai creditori privilegiati deve essere ripartito mediante il pagamento integrale grado per grado; 4) solo quanto sopravanza al pagamento del creditore privilegiato di grado superiore può essere destinato a quello di grado inferiore; 5) solo quanto sopravanza al pagamento dell'intero ceto dei creditori privilegiati può essere destinato al pagamento dei chirografari o della parte del credito dei privilegiati speciali che non ha trovato soddisfazione mediante la liquidazione del bene su cui gravava il privilegio o la garanzia. Il tutto, fatti salvi l'impiego di «nuove finanze», che non è soggetto a questi principi, ed eventuali accordi individuali in deroga.

Peraltro, questa soluzione trova riscontro anche a livello sistematico. Infatti, in materia di transazione fiscale, l'art. 182 ter l.f. (modificato da ultimo dall'art. 32 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. l. 28 gennaio 2009, n. 2) prevede espressamente che l'erario non può ricevere un trattamento peggiore rispetto a quello riservato ai creditori privilegiati di pari grado o inferiori e, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Se questa, anziché essere il limite invalicabile dall'autonomia delle parti, fosse la regola generale valevole per il trattamento di tutti i creditori privilegiati, la necessità del raggiungimento di uno specifico accordo transattivo risulterebbe incomprensibile.

4. - Come accennato, nella concreta applicazione dei precetti sopra esposti, occorre tenere presente anche la collocazione sussidiaria dei crediti con privilegio mobiliare sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai crediti chirografari (art. 2776 c.c.). **IL CASO.it**

La norma subordina tale collocazione sussidiaria al «caso di infruttuosa esecuzione sui mobili» e la giurisprudenza è orientata a ritenere che incombe al creditore, che chiede la collocazione sussidiaria, l'onere di provare di essere rimasto insoddisfatto nell'esecuzione

direttamente promossa sui beni mobili o di non essere potuto intervenire nelle precedenti esecuzioni perché il suo credito non era ancora certo, liquido ed esigibile, ovvero che il suo intervento era stato o sarebbe stato superfluo per l'insufficienza del patrimonio mobiliare del debitore a soddisfare il suo credito, anche se privilegiato (v. la risalente Cass. 1° marzo 1968, n. 673, ma non risulta che il giudice di legittimità sia tornato più di recente sul punto). Nel caso di fallimento, l'insinuazione al passivo equivale ad esecuzione collettiva (anche) sui beni mobili gravati da privilegio e la loro eventuale inesistenza nella massa fallimentare costituisce condizione sufficiente per invocare la collocazione sussidiaria sul prezzo dei beni immobili; pertanto, la dichiarazione di fallimento comporta in re ipsa la collocazione sussidiaria dei creditori privilegiati.

### **IL CASO.it**

Costituisce poi vero e proprio ius receptum che l'art 2776 c.c. non apporta alcuna modifica all'ordine dei crediti assistiti da privilegio mobiliare stabilito dalla legge (Cass. 19 novembre 1979, n. 6036; Cass. 13 aprile 1981, n. 2182; Cass. 11 maggio 1982, n. 2924). Talché deve escludersi che la collocazione dei crediti predetti in via sussidiaria sul prezzo degli immobili debba aver luogo proporzionalmente alla rispettiva entità e non già secondo la graduazione prevista per il privilegio mobiliare.

5. - Venendo al contenuto della proposta, alla luce dei principi sopra esposti le classi A) e B) risultano correttamente formate.

La classe A) comprende unicamente il creditore ipotecario Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., ammesso al passivo per € 38.823,48 (v. prospetto del curatore depositato il 22 aprile 2008). L'immobile ipotecato è già stato liquidato ed il realizzo, al netto di spese dirette e spese generali pro quota, è stato di € 22.316,86. La percentuale consentita in sede fallimentare sarebbe quindi del 57,48%. Al creditore viene invece offerto l'importo € 32.000,00.

La classe B) riguarda i crediti della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. L'istituto risulta avere ipoteca su nove diversi cespiti, meglio indicati nel prospetto del curatore del 22 aprile 2008. Il debito ad oggi maturato (quindi comprensivo degli interessi postfallimentari) è quantificato in € 4.820.264,33; a questo importo si aggiungono ulteriori somme che la curatela non ha potuto quantificare, non essendo in possesso dell'eventuale frazionamento del credito originario fatto valere dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. cumulativamente. Dei cespiti ipotecati, i primi sei sono stati venduti, per un ricavato di € 844.732,03, al netto di spese dirette e di spese generali pro quota. Gli altri immobili sono stimati per un valore complessivo di € 1.190.932,12 ma, detratte le spese di gestione dirette e le spese generali pro quota, al creditore ipotecario sarebbe destinato l'ipotetico importo (in caso di vendita al prezzo di stima) di € 618.710,10. Pertanto, in sede fallimentare alla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. spetterebbe in via privilegiata il complessivo importo di € 1.463.442,13. L'importo offerto nella proposta concordataria assomma invece a € 1.770.900,00 e quindi le condizioni del cram down (art. 124, terzo comma, l.f.) risultano soddisfatte.

I criteri di quantificazione delle spese generali gravanti pro quota sugli immobili sono precisati dal curatore nelle note esplicative depositate il 22 aprile 2008.

6. - Per verificare la corretta formazione delle classi comprensive dei creditori muniti di privilegio generale, occorre prima quantificare l'attivo che sarebbe disponibile per gli stessi in sede di liquidazione fallimentare. Per i beni liquidati, si deve tenere conto del ricavo effettivo; per quelli ancora da liquidare del valore loro assegnato dal perito nominato dal tribunale per la stima.

L'attivo è comprensivo, poi, delle aspettative concernenti due rilevanti contenziosi. L'uno riguarda il porto turistico di Portorosa (Falcone, ME), per il quale la curatela ha riportato due sentenze sfavorevoli – T.A.R. e Tribunale di Messina – entrambe impugnate. La proposta concordataria quantifica il valore delle aspettative riconnesse all'eventuale esito favorevole della lite in € 600.000,00.

L'altro diritto in contenzioso attiene all'azione di responsabilità avviata nei confronti degli ex amministratori e sindaci della società fallita. L'azione è assistita da un sequestro conservativo solo parzialmente eseguito sul patrimonio dei convenuti. La proposta valorizza la causa in € 150.000,00.

### **IL CASO.it**

Pertanto, ai fini che interessano, si devono considerare i seguenti importi:

- € 1.165.000,00, costituito dalle somme giacenti sul libretto intestato alla procedura;
- € 1.190.932,12, valore di stima degli immobili ancora da liquidare;
- € 750.000,00, valorizzazione del contenzioso pendente;

e così in totale € 3.105.392,12.

## **IL CASO.it**

Tale importo è già al netto delle spese di procedura sostenute, in quanto la curatela ha effettuato il relativo esborso e quindi quelle somme non sono più giacenti sul libretto.

Per conteggiare il totale che in sede fallimentare sarebbe ripartibile fra i privilegiati generali, occorre sottrarre dal superiore importo le ulteriori spese di procedura – preventivate dal curatore in € 500.000,00 – e quanto sarebbe destinato ai creditori con privilegio speciale immobiliare, nei limiti di capienza del valore dei beni ipotecati. Quindi dal valore di € 3.105.392,12 devono essere sottratti i seguenti importi:

- € 500.000,00 per spese di procedura ancora da sostenere;
- € 1.463.442,13, pari al valore di realizzo (o di stima, per gli immobili ancora da vendere) dei cespiti su cui insiste ipoteca della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a.;
- € 22.316,86, pari al valore di realizzo del cespite su cui insiste ipoteca della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

e così in totale € 1.119.633,13. Il secondo ed il terzo importo sono conteggiati al netto delle spese dirette e di quelle generali pro quota, in quanto degli esborsi diretti ed indiretti già sostenuti dalla curatela si è tenuto conto in precedenza, allorquando per la determinazione dell'attivo si è fatto riferimento alla giacenza sul libretto intestato alla curatela anziché al totale delle entrate; ragionando diversamente si verrebbe ad una duplicazione.

7. - Ciò posto, la classe C) risulta correttamente formata. Questa accoglie tutti i lavoratori e l'I.N.P.S. per surroga. Il suo ammontare è indicato in ricorso in € 367.273,70, ma il curatore ha precisato che il privilegio generale di primo grado ammonta al più ridotto importo di € 333.714,26. Di tale importo si prevede il pagamento integrale ed è quindi soddisfatta la condizione posta dall'art. 124, terzo comma, l.f. in quanto la formazione della classe non altera l'ordine delle cause legittime di prelazione. Infatti, essendovi capienza, questa classe di creditori otterrebbe il pagamento integrale anche in caso di prosecuzione della procedura fallimentare.

8. - La classe D) comprende i prestatori d'opera intellettuale che godono del privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2 c.c. L'ammontare dei crediti è indicato nella proposta in € 120.000,00, ma il curatore ne ha meglio determinato l'importo in complessivi € 183.559,76.

In sede fallimentare questi creditori dovrebbero essere pagati per intero. Infatti, sottraendo dall'importo sopravanzato al pagamento dei privilegiati speciali (€ 1.119.633,13) quanto occorre per il pagamento della prima classe (€ 333.714,26) si otterrebbe una disponibilità residua di € 785,918,87, che sarebbe sufficiente ad assicurare l'integrale pagamento della classe.

La proposta concordataria, invece, propone il pagamento dei prestatori d'opera intellettuale solo in misura del 20% della sorte capitale. La classe così formata viola in modo evidente l'ordine delle cause di prelazione, perché consente il pagamento di creditori di grado privilegiato generale inferiore senza che quelli di grado superiore siano interamente soddisfatti. Sotto questo profilo la proposta concordataria non supera il vaglio di legittimità.

9. - Si deve poi rilevare che la proposta concordataria non prevede la collocazione dei creditori che godono del privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 5 c.c. (artigiani), che ammontano ad € 146.073,47. In mancanza di diversa indicazione, si deve ritenere che la proposta ha sostanzialmente degradato questi creditori privilegiati generali al rango di meri chirografari. Sul punto la proposta è dunque illegittimamente formulata, in quanto la formazione delle classi determina un'ulteriore violazione delle cause di prelazione.

10. - Risulta formata in modo illegittimo anche la classe E). Innanzitutto perché i creditori ivi compresi vengono ingiustificatamente preferiti a agli altri creditori privilegiati di grado superiore.

In secondo luogo, anche all'interno della classe si riscontrano alterazioni della par condicio creditorum e delle cause legittime di prelazione, in quanto i crediti dell'erario, dell'I.N.P.S. e dell'I.N.A.I.L. non godono tutti del medesimo privilegio e sarebbero dovuti essere a loro volta graduati.

## **IL CASO.it**

In particolare, il curatore indica che l'importo di € 2.950.901,86 gode del privilegio di cui all'art. 2752 c.c., quello di € 74.890,27 del privilegio previsto dall'art. 2753 c.c. ed infine quello di € 389.052,42 del privilegio di cui all'art. 2754 c.c. A fronte di questa eterogeneità di crediti, la proposta prevede la formazione di una unica classe per un totale di € 2.750.000,00 (quindi notevolmente inferiore all'effettivo ammontare) e di cui si prevede in modo indifferenziato il pagamento nella percentuale del 12%.

La classe, quindi, oltre a determinare l'alterazione dell'ordine legale della cause di prelazione, risulta composta da creditori che non rappresentano posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei.

**IL CASO.it**

11. - Infine, anche la formazione della classe dei creditori chirografari (classe F) si presta a rilievi critici.

In primo luogo, perché il pagamento di questi creditori dovrebbe essere consentito solo dopo il soddisfacimento dell'intero privilegio, salvo l'apporto di nuova finanza.

Al riguardo si rileva che la proposta, in effetti, sembrerebbe prevedere implicitamente il conferimento, da parte dei proponenti, di circa cinquecentomila euro. Tanto si ricava dalla differenza fra l'attivo fallimentare (€ 2.708.177,09) ed il fabbisogno concordatario (€ 3.220.000,00) indicati in ricorso, benché nello stesso non sia specificato che la differenza sarà messa a disposizione dai proponenti. Ma, a ben guardare, è erroneo il dato di partenza: l'attivo fallimentare – come sopra meglio precisato – è di € 3.105.392,12, al netto delle spese di procedura già sborsate. L'effettivo apporto di nuova finanza, quindi, dovrebbe essere quantificato in circa centoventimila euro.

Solo nei limiti di questo importo, i proponenti avrebbero potuto prevedere il pagamento dei chirografari. Ed invece il trattamento riservato alla classe F) prevede il pagamento nella misura del 2%, per fra fronte al quale occorrerebbero 191.390,00.

12. - Sotto altro profilo, si deve poi considerare che la classe F) non rappresenta creditori aventi posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei. Infatti, la proposta prevede l'inserimento fra i creditori chirografari anche della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., creditore ipotecario, nella parte in cui il suo credito non viene soddisfatto nell'ambito della collocazione preferenziale sul ricavato degli immobili ipotecati (classe B) per effetto del cram down. Questa collocazione si fonda sull'art. 127, quarto comma, l.f., a mente del quale i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale, sono considerati chirografari per la parte residua del credito.

Senonché la circostanza che questi debbano essere considerati come semplici chirografari ai fini del voto non implica affatto che debbano stare nella medesima classe dei creditori sprovvisti ab origine del privilegio. Già sul piano astratto potrebbero avanzarsi serie riserve sul fatto che i creditori privilegiati falcidiati dal cram down versino nella medesima posizione giuridica del creditore che, per la causa del credito o perché sprovvisto di garanzie reali, non vanta alcun titolo di preferenza. Infatti, il privilegio – anche quando ha ad oggetto un bene incapiente – assiste l'intero credito al quale accede, che dunque non perde la qualifica giuridica di credito privilegiato anche se, ai soli fini del voto, viene trattato alla stregua del credito chirografario.

Ma, anche a prescindere dalla superiore considerazione, in concreto si ravvisa l'inesistenza dell'ulteriore presupposto dell'omogeneità di interessi economici.

Infatti, il credito della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. ammonta quantomeno ad € 4.820.264,33, cui tuttavia bisogna aggiungere le ulteriori somme di cui alle righe 8, 9 e 10 della tabella inserita a pag. 5 delle note depositate dal curatore il 22 aprile 2008, relative a crediti che non sono stati ad oggi esattamente quantificati perché non si è in possesso dell'eventuale frazionamento del credito originario. In sede fallimentare, come s'è detto già nelle pagine precedenti, alla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. sarebbe destinato il complessivo importo di € 1.463.442,13, mentre la proposta concordataria assegna all'istituto la somma di € 1.770.900,00.

In altri termini, nella proposta concordataria in esame il c.d. cram down è praticato in misura parziale, in quanto al creditore privilegiato è destinato un importo superiore al valore dei beni sui quali grava l'ipoteca. L'operazione è in sé legittima, come si evince chiaramente dal terzo comma dell'art. 124 l.f., a mente del quale la proposta «può prevedere» che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente: se l'abbattimento è facoltativo, a fortiori può essere anche solo parziale. Ma una simile circostanza determina ipso facto che, per la parte residua del credito, l'ipotecario non è portatore di interessi economici omogenei a quelli dei chirografari: questi infatti trarrebbe un maggior vantaggio dalla approvazione della proposta concordataria, che gli consentirebbe di ricevere più di quanto non potrebbe conseguire nel caso di prosecuzione della liquidazione fallimentare.

**IL CASO.it**

Nel dettaglio, la Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., per la parte del credito che degrada al chirografo, riceve ben più della percentuale riservata ai chirografari veri e propri, in quanto

al 2% nominalmente risultante dal trattamento previsto per la classe F) si sommano circa trecentomila euro di differenza fra il valore dei beni ipotecati e il pagamento previsto per quello stesso credito nella classe B). È di tutta evidenza, quindi, che l'istituto di credito non è portatore di interessi economici omogenei a quelli degli altri creditori chirografari, avendo più convenienza di tutti questi altri all'approvazione della proposta. E poiché il credito della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. che non trova soddisfazione nell'ambito della classe B) costituisce una considerevole parte dell'intero credito chirografario, è evidente che questa disomogeneità di interessi economici potrebbe riflettersi in modo determinante sull'esito delle votazioni.

13. - Le considerazioni sopra svolte dovrebbero condurre all'inammissibilità della proposta in esame. Tuttavia, trattandosi di materia nuova e di difficile interpretazione, in occasione delle sue prime applicazioni appare preferibile disporre un rinvio per consentire ai proponenti la formulazione di una proposta correttiva che tenga conto dei superiori rilievi.

Nella medesima occasione, i proponenti potranno prendere posizione sulle ulteriori riserve espresse dal curatore in ordine alla sottovalutazione delle azioni giudiziarie (specialmente di quella di responsabilità) e sull'inadeguatezza della garanzia offerta da una banca operante sul territorio della Repubblica di San Marino.

P. Q. M.

**IL CASO.it**

rinvia all'udienza collegiale del 15 aprile 2009, ore 11.00, assegnando termine fino a quindici giorni prima ai proponenti per comunicare al curatore e depositare in cancelleria una eventuale proposta integrativa che tenga conto dei superiori rilievi. Invita il curatore a formulare il proprio parere sulla proposta così eventualmente pervenuta, almeno due giorni prima dell'udienza.

Così deciso in Messina, nella Camera di consiglio della seconda sezione civile del Tribunale, il 18 febbraio 2009.